

**ועדת האו"ם לענייני דה-קולוניזציה אישרה ברוב גדול החלטה לקבלת חוות דעת מייעצת מבית הדין הבינלאומי לצדק בהאג בנושא חוקיות שליטתה של ישראל בגדה המערבית. מהן המשמעויות של ההחלטה? וכיצד על ישראל להיערך לקראת ההליך? ד"ר טל מימרן עם התשובות.**

## אז מה בדיוק קרה?

הוועדה המיוחדת של האו"ם לענייני פוליטיקה ודה-קולוניזציה הוקמה על מנת לקדם שלום בין המדינות החברות באו"ם, ובין הנושאים תחת סמכותה נמצא גם הסכסוך הישראלי-פלסטיני.

ב-11 בנובמבר נדונה במליאת הוועדה פנייה של מספר מדינות אשר ביקשו להעביר פנייה אל בית הדין הבין-לאומי בהאג בבקשה שיספק חוות דעת מייעצת על שתי שאלות ביחס לשלטון הישראלי מעבר לקו הירוק ובמזרח ירושלים: (א) מה הן ההשלכות המשפטיות של הכיבוש הישראלי המתמשך של בגדה המערבית, בניית ההתנחלויות וניסיונות לשנות את המצב הדמוגרפי בירושלים; (ב) כיצד ההשלכות המשפטיות של השאלות הללו משפיעה על הקהילה הבינלאומית ועל האו"ם ביחס למצב בישראל ובגדה המערבית.

ההחלטה עברה ברוב של 98 מדינות שהצביעו בעדה, לעומת 52 נעדרות ו-171 מתנגדות. ההחלטה כפופה לאישור של העצרת הכללית של האו"ם ובית הדין עצמו, אולם לאור ניסיון העבר והרוב הגדול נגד ישראל, ישנה סבירות גבוהה שאלו אכן יתקבלו.

## רגע, בואו נעשה סדר, את מי רוצים להעמיד פה לדין?

חשוב להבדיל בין שני בתי דין בינלאומיים שיושבים בהאג שבהולנד, כל אחד פועל למטרות שונות ומחזיק בסמכויות שונות. בית הדין הפלילי הבינלאומי (International Criminal Court - ICC), הוא בית דין אשר הוקם לצורך העמדה לדין פלילי של אנשים המואשמים בביצוע פשעים בין-לאומיים. נכון להיום, מתנהלת בבית הדין הפלילי הבינלאומי חקירה נגד ישראל בגין עבירות שביצעו לכאורה

כוחות הביטחון הישראליים ביחס לסכסוך הישראלי-פלסטיני, מאז שנת 2014 ואילך, אך זהו הליך נפרד שאינו קשור לענייננו.

בית הדין הבינלאומי לצדק (International Court of Justice - ICJ), לעומת זאת, הוא בית הדין הרלוונטי לענייננו, הוא בית דין המפעיל סמכות שיפוט ביחס לסכסוכים בין מדינות. הבקשה הנדונה כעת מבקשת מבית הדין חוות דעת מייעצת הבוחנת את חוקיות מעשיה של ישראל לפי המשפט הבינלאומי.

## מה תפקידו של בית הדין הבינלאומי לצדק? מדוע הוא נדרש לשפוט את ישראל?

בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ) הוא הארגון השיפוטי המרכזי האו"ם, והוא הוקם בשנת 1945 לאחר אימוץ מגילת האו"ם. מבחינות רבות, בית הדין הוא ממשיך הדרך של הארגון השיפוטי של חבר הלאומים הארגון הבינלאומי שקדם לאו"ם אך כשל במניעת מלחמת העולם

השנייה. כל מדינה אשר מצטרפת למגילת האו"ם הופכת באופן אוטומטי לחברה בבית הדין הבינלאומי לצדק, ומכאן מדובר בבית הדין היחיד אשר יש לו נגיעה לכלל מדינות העולם.

לבית הדין ישנם שני תפקידים מרכזיים.

הראשון, הוא לסייע למדינות לפתור סכסוכים בדרכי שלום, כאשר הוא יכול לעסוק בכל שאלה משפטית מתחום המשפט הבינלאומי (סוגיות כלכליות, זכויות אדם, דיני איכות הסביבה, דיני הים ועוד). על מנת שלבית המשפט תהיה סמכות לשפוט את המדינות במצב כזה, על שתי המדינות להסכים על הסמכות של בית הדין להכריע בסוגיה. כלומר, לא ניתן לכפות על מדינה להיות חלק מהליך בבית הדין מבלי שהיא תעניק את סמכותה לכך. תפקידו השני של בית הדין הוא כגוף מייעץ עבור גופי האו"ם השונים. מכאן נלמד כי הגופים השונים הפועלים במסגרת האו"ם, דוגמת העצרת הכללית, מוסמכים לפנות לבית הדין במטרה לקבל את חוות הדעת



בית הדין הבינלאומי לצדק, האג

המייצגת שלו ביחס לסוגיה משפטית מסוימת. הליך זה כולל ייעוץ משפטי באשר לשאלה עקרונית בעלת אופי כללי, ולהבדיל מתביעה רגילה הליך זה בהחלט יכול לעסוק בענייניה של מדינה מבלי לקבל את אישורה לכך.

הדעת של בית הדין הבינלאומי. כעת, נראה כי בית הדין עתיד לחזור ולדון בישראל במסגרת הליך חוות דעת מייצגת, במה שעלול להפוך לחוות הדעת 2.0 בנוגע לישראל והשטחים הכבושים. הפעם, לא רק בניית הגדר עומדת על

לסוגיות מסוימות. נורמות שהן חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי הופכות למחייבות עבור כל מדינות העולם, גם במידה והן לא הסכימו אליהן (וככל שהן לא התנגדו למנהג באופן עקבי, במהלך התגבשותו). משפט מנהגי נוצר, ככלל, כאשר מדינות מסכימות שדרך פעולה



## האם חוות הדעת המייצגת מחייבת ברמה המשפטית?

כפי שניתן להבין משמה של חוות הדעת המייצגת, על פניו, לא מדובר בהחלטה שיפוטית מחייבת. במילים פשוטות, אמנם בית הדין עלול להציב קביעות משפטיות ביחס לחוקיות פעולות מסוימות של ישראל, אך מדובר בחוות דעתו של בית הדין ולא בהנחיות מחייבות עבור ישראל. זאת, להבדיל מהליך שיפוט רגיל.

למעשה, בשנת 2004 בית הדין הבינלאומי לצדק כבר עסק פעם אחת בסוגיה הישראלית-פלסטינית. אז, נדרש בית הדין לבחון את שאלת חוקיות הקמת גדר ההפרדה על ידי ישראל. חוות הדעת מצאה כי הקמת גדר ההפרדה מפרה את הוראות המשפט הבינלאומי, פוגעת בזכות הפלסטינים להגדרה עצמית וכן פוגעת בזכויות אדם פרטניות דוגמת חופש התנועה. בהתאם, קבע בית הדין כי על מדינות העולם להימנע משיתוף פעולה עם ישראל בכל הנוגע לגדר ההפרדה. חוות הדעת אמנם לא שינתה בצורה רשמית את המצב המשפטי בשטחי יהודה ושומרון ולא עצרה את הקמת גדר ההפרדה, אך השפיעה בצורה ניכרת על דעת הקהל ועל הזירה הגיאופוליטית, ובנוסף בית המשפט העליון התייחס בשורה של פסקי דין לחוות

הפרק, אלא סוגיה רחבה יותר - עצם הנוכחות הישראלית בשטח ומשמעותה המשפטיות.

## מה חשיבותה האפשרית של חוות הדעת?

לחוות הדעת של בית הדין ישנה חשיבות רבה בשני מובנים. במובן הראשון, חוות הדעת משקפת בעיני רוב הקהילה הבינלאומית את הפרשנות המקובלת של הדין המצוי (lex lata). בהתאם, סביר מאוד להניח כי מדינות זרות יסתמכו על החלטה עתידית במטרה לנגח את ישראל בזירה הבינלאומית. כך למשל, קביעות של בית הדין מתוך חוות הדעת בנושא הגדר משנת 2004, הובילו להגברת ההכרה הבינלאומית במעמד של הרשות הפלסטינית כמדינה, עד להצטרפותה הרשמית של פלסטין לאו"ם (במעמד מדינה שאינה חברה), ולאחר מכן גם לחוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי. מכאן, לקביעות משפטיות בחוות הדעת ישנן השלכות ממשיות על יחסי החוץ של מדינת ישראל, ועל גישת הקהילה הבינלאומית בנושא הסכסוך הישראלי-פלסטיני.

במובן השני, החלטת בית הדין עלולה לתרום להיווצרות של דין מנהגי ביחס

מסוימת נובעת מכלל משפטי ולא, למשל, משיקול מוסרי או תדמיתי. במשפט הישראלי, למשל, משפט בינלאומי מנהגי הוא חלק מן הדין הפנימי של המדינה. כאשר בית הדין הבינלאומי לצדק חווה דעה בנושא הוא משפיע על עמדת מדינות ואף מכווין אותן לעיתים באופן

## "יש כאן פתח לבית הדין להתעסק בשאלות יסוד של הסכסוך הישראלי-פלסטיני מפרספקטיבה של משפט בינלאומי, ולערוך ניתוח משפטי ביחס לפעולות של מדינת ישראל באיו"ש"

שעשוי לעצב את עמדת המשפט המנהגי. במישור הפורמלי, חוות דעת מייצגת עשויה להפוך להחלטה בעלת שנייים אם מסקנותיה יאומצו במועצת הביטחון של האו"ם. אך חשוב לזכור כי ההסתברות לתוצאה כזו נמוכה במיוחד בשל התנגדות ארה"ב, אשר כידוע מחזיקה בכוח וטו במועצה.

## במה בית הדין עתיד לעסוק הפעם בחוות הדעת שלו?

ההבדל המרכזי בין חוות הדעת שכתב

בין הדין ב-2004 על גדר ההפרדה ובין ההחלטה הזו ביחס לחוות הדעת היא הנושאים של חוות הדעת. כלומר, הפעם, לא מדובר בדין משפטי על סוגיה ספציפית הקשורה בשליטה הישראלית בגדה המערבית, כמו גדר ההפרדה, אלא מדובר בשאלות רחבות יותר שקשורות לכל השליטה הישראלית בשטחי יהודה ושומרון וירושלים המזרחית.

כלומר, יש כאן פתח לבית הדין להתעסק בשאלות יסוד של הסכסוך הישראלי-פלסטיני מפרספקטיבה של משפט בינלאומי, ולערוך ניתוח משפטי ביחס לפעולות של מדינת ישראל באיו"ש. זהו מהלך מדאיג מבחינת הקברניטים במחוזותינו, אשר מעדיפים כי הסכסוך יישאר ברמה של דיון פוליטי ולא משפטי. הרי, הטענה הישראלית המרכזית מאז 1967 וביתר שאת מאז נחתמו הסכמי אוסלו היא כי מדובר בשטח המצוי בסכסוך בינלאומי בין שני צדדים בעלי שאיפות לאומיות, והפתרון לסכסוך מצוי בהסכם בין הצדדים ולא בניסיון לכפות פתרון על מי מהם בדרכים משפטיות. על רקע זה, חוות הדעת 2.0 עלולה להשפיע מהותית על יחסי החוץ של מדינת ישראל ועל הניסיונות המשפטיים הבינלאומיים של המדינה להצדיק את מדיניות ביחס לגדה המערבית.

מעניין לציין, כי מנסחי ההחלטה לא הסתפקו בכך שבית הדין יחוה את דעתו

ביחס לסטטוס המשפטי של האזור, אלא הוסיפו וביקשו כי בית הדין ינחה את הקהילה הבינלאומית באשר להתמודדות עם המסקנות המשפטיות של חוות הדעת. כפי שראינו במסגרת חוות הדעת הקודמת משנת 2004, המסקנות יכולות לכלול קריאה מפורשת להפסיק שיתוף פעולה עם ישראל בכל הנוגע למתרחש בגדה המערבית, מה שיחזק קריאות לחרם בינלאומי על מוצרים המיוצרים מעבר לקו הירוק.

## **"חוות הדעת 2.0 עלולה להשפיע מהותית על יחסי החוץ של מדינת ישראל ועל הניסיונות המשפטיים הבינלאומיים של המדינה להצדיק את מדיניות ביחס לגדה המערבית"**

### **מה ניתן ללמוד מניסיון העבר של סכסוכים שהועברו לדין בבית הדין הבינלאומי לצדק?**

ישנם שני מקרים מרכזיים דומים אשר ראוי לשים לב אליהם. הראשון, חוות הדעת המייעצת של בית הדין בעניין ההשלכות המשפטיות של הנוכחות הממושכת של דרום אפריקה בנמיביה. חוות דעת זו, משנות השבעים של המאה הקודמת, דנה בשאלה האם הנוכחות של דרום אפריקה בנמיביה היא לא חוקית, וככל שהיא

לא כזו, האם יש לדרום אפריקה החובה לצאת מנמיביה, וכן מה הם ההשלכות המשפטיות של קביעות אלו ביחס לקהילה הבינלאומית. בחוות הדעת, בית הדין קבעה שלדרום אפריקה אחריות על מעשיה בטרטוריה הכבושה של נמיביה, כלומר ניתן לתבוע אותה ביחס להפרות המשפט הבינלאומי שבוצעו בהקשר זה, וכי יש לה החובה לשים סוף לכיבוש ולסגת מהשטח. ביחס להתנהלות הקהילה הבינלאומית, בית הדין קבע שישנה החובה להימנע מיחסים בינלאומיים עם דרום אפריקה בכל הנוגע לנמיביה, וכי יש להימנע מיחסים דיפלומטיים עם דרום אפריקה, דבר שהוביל למהלכים משמעותיים כמו השעיה של דרום-אפריקה מן האו"ם.

המקרה השני הוא חוות הדעת המייעצת של בית הדין ביחס לנוכחות של בריטניה באיי צ'אגוס, אשר נתקבלה ממש לאחרונה. הנוכחות של בריטניה באיים קשורה בהיסטוריה ובשליטה הקולוניאלית של אנגליה באי. בית הדין קבע שהנוכחות של בריטניה באי פגעה בזכותם של התושבים המקומיים להגדרה עצמית, ובדומה לפסיקה בעניין נמיביה, נקבע כי

## **"היתרונות של שיתוף פעולה, ובפרט יכולת להשפיע על ההחלטה וליהנות מלגיטימציה בינלאומית בימים בהם מדובר במצור יקר, בהחלט עולים על חסרונות אפשריים"**

על בריטניה לעזוב את שטח האי במהירות האפשרית ולאפשר לתושבי האי לממש את זכותם להגדרה עצמית. עוד קבע בית הדין כי על הקהילה הבינלאומית לסייע בשינוי במהלך זה.

### **כיצד על ישראל לפעול?**

יש להניח כי בחודשים הקרובים נראה לחץ ישראלי שלא לאשר את ההליך בעצרת הכללית, אך ספק רב אם זה יועיל. סביר להניח שהעצרת הכללית ובית הדין יאשרו את ההליך, ובהתאם מדינת ישראל תצטרך לבחור האם לקחת חלק במסגרתו, ולהביע את עמדתה המשפטית,







הנראה לכתיבה של חוות דעת מייעצת רחבה בכל הנוגע לשליטה הישראלית בגדה המערבית. בית הדין עלול אף להרהיב עוז ולדרוש ממדינת ישראל להפסיק את שליטתה בגדה המערבית.

מדובר במהלך דרמטי ביותר, ככל שזה יבשיל, ומכאן יהיה טוב אם מדינת ישראל תהיה מוכנה לאפשרות זו מבחינה משפטית ותדמיתית. לחוות הדעת עלולה להיות השפעה רחבה על עתיד השליטה הישראלית בגדה המערבית, או כל הפחות על אופייה. למרות שהיא איננה מחייבת ברמה המשפטית, היא צפויה לחזק את המעמד הבינלאומי של הרשות הפלסטינית. בהתאם, יהיה טוב אם מדינת ישראל תוודא כי היא "מקבלת את יומה בבית המשפט", ותשלח נציגים מטעמה לקחת חלק בהליך.

הוקמה יחידה מיוחדת במשרד המשפטים שמתמקדת בסוגיות משפטיות הנוגעות למשפט בינלאומי פלילי, והתחזק מעמדם של היועצים המשפטיים בצה"ל. בנוסף, ניתן לראות שינוי שבא לידי ביטוי בהגברת הניסיון לשתף פעולה בספרה הבינלאומית או לכל הפחות לקחת חלק פעיל יותר בדיאלוגים במישור הבינלאומי. ניתן להניח כי מטרת שינוי זה היא, בין היתר, להגביר את הלגיטימציה לה זוכה ישראל במישור הבינלאומי.

חשוב מאוד כי מדינת ישראל תציג את עמדתה המשפטית בפני בית הדין, במטרה לנסות ולהשפיע על מסקנותיו. כמובן, ישנן שיש מדינות אשר כדרך קבע אינן מעניקות לגיטימציה לפעולותיה של ישראל, ולפרקים אף לעצם קיומה של ישראל כמדינה, וסביר להניח כי גישתן של מדינות אלו לא תשתנה בעקבות השתתפותה של מדינת ישראל בהליך. ועדיין, לתחושותי היתרונות של שיתוף פעולה, ובפרט יכולת להשפיע על ההחלטה וליהנות מלגיטימציה בינלאומית בימים בהם מדובר במצרך יקר, בהחלט עולים על חסרונות אפשריים.

## אז למה צריך לצפות?

ההליכים האחרונים באו"ם יובילו ככל

או להחרים אותו – כפי שהיא עשתה בחוות הדעת משנת 2004 (הליך בו היא סירבה לקחת חלק רשמי, ורק הציגה טיעונים משפטיים באמצעות צדדים שלישיים).

סוגית שיתוף הפעולה חשובה קודם כל בשביל היכולת להשפיע על ההליך ועל תוצאותיו, אבל גם מבחינת הלגיטימציה הבינלאומית של מדינת ישראל. מישור הלגיטימציה רלוונטי גם כן להתמודדות טובה יותר עם יוזמות כנגד ישראל ונציגיה, לדוגמה הליכים משפטיים הננקטים כנגד בכירים ישראלים, וכמובן גם עם איומי חרם שעולים מעת לעת.

מאז "טראומת" דו"ח גולדסטון, אשר

## "סוגית שיתוף הפעולה חשובה קודם כל בשביל היכולת להשפיע על ההליך ועל תוצאותיו, אבל גם מבחינת הלגיטימציה הבינלאומית של מדינת ישראל"

הצטרפה לניסיונות רבים להעמיד לדין בכירים ישראלים ו/או לתבוע אותם בתביעות פליליות או נזיקיות, ניתן לזהות שינוי בהתנהלות מדינת ישראל. כך,

### ד"ר טל מימרן

ראש תוכנית "אמנה חברתית לעידן הדיגיטלי" במכון תכלית, חוקר ומרצה בתחומי המשפט הבינלאומי והסייבר.

